

A. I. Nº - 293259.0702/14-5
AUTUADO - COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA. (SUPERMERCADO CAMBUI)
AUTUANTES - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS e TRAJANO ROCHA RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 18/06/2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0094-02/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NÃO APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Apresentado os documentos fiscais que amparam os créditos. Infração elidida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. Defesa comprovou equívocos da fiscalização. Refeitos os cálculos na informação fiscal. Infração parcialmente mantida. Não acolhidas as alegações de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2014, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$95.534,27, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.42 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Valor histórico autuado R\$15.094,90.

INFRAÇÃO 02 - 06.01.01 – Deixou de recolher do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor histórico autuado R\$80.439,37.

O autuado impugnou parcialmente o lançamento tributário, fls. 42 a 59, preliminarmente, alega ausência de Termo de Início de Fiscalização, aduzindo que todo ato de fiscalização deve ser precedido de cientificação do sujeito passivo, informando que a partir daquele momento estará sob fiscalização, conforme artigo 26, II, e III do Decreto nº 7.629/99.

Frisa que o artigo 28, ao arrolar os termos e atos que instrumentam o processo fiscal, confirma a necessidade dos termos de início e fim de fiscalização, bem como os termos de intimação para apresentação de documentos, além do Auto de Infração.

Assegura que o fiscal iniciou o procedimento sem apresentar mandado de procedimento fiscal ou documento equivalente, emitido pelo delegado ou Inspetor. Diz que essa exigência é reflexo do princípio da publicidade dos atos, moralidade e legalidade, além de constituir direito fundamental assegurado pelo art. 5º, XI, da CF.

Entende que, pela ausência do termo de início de fiscalização há de ser anulado o presente Auto de Infração por ausência de requisito legal.

Ainda, como preliminar, alega narração sucinta da infração, violando o art. 28, § 3º, VI e VIII, do Decreto Estadual nº 7.629/99, o que dificulta de sobremaneira a defesa do contribuinte. Alega, também a ausência de assinatura no termo de encerramento pelos agentes autuantes, violando o art. 28, § 3º, VIII, do Decreto Estadual nº 7.629/99.

No mérito, relativamente à infração 01, aduz que, como demonstraram nas planilhas anexadas aos autos, não há qualquer irregularidade realizada pelo contribuinte neste sentido, assegurando que

todos os créditos utilizados pelo contribuinte, são estribados em normativos legais, como demonstrará.

Ressalta que no mês de fevereiro, foi creditado o valor de R\$2.823,28, referentes a crédito de ICMS pago a maior, por equívoco do próprio contribuinte, nos meses novembro e dezembro de 2012, bem como em janeiro de 2013.

Salienta que o mesmo fato ocorreu em Julho quando o contribuinte, em ato absolutamente legal, creditou-se de R\$829,19 em razão de pagamento maior que o devido nos meses de maio e junho de 2013.

Destaca que, como demonstram os comprovantes de recolhimento de ICMS em anexo, nos meses supracitados houve recolhimento de ICMS indevido pelo contribuinte, situação que autoriza o crédito nos meses posteriores, como de fato ocorreu.

Aduz que tal situação encontra amparo no art. 165 do CTN, o qual transcreve.

Argumenta que, ao revés de pedir restituição o que se fez foi apenas e tão somente o lançamento do crédito na conta corrente fiscal do ICMS, tal como permitido pela Lei.

Aponta que outra situação arbitrada como infração pelo fiscal, contudo permitida pela lei é o lançamento do crédito presumido de 12% (doze por cento) nas aquisições junto aos demais segmentos de indústrias, tal como preceitua o artigo 269, X, II, "b", o qual transcreve. Logo, além do crédito de valor pago a maior de ICMS, no montante de R\$3.652,47, há, ainda, o crédito de presumido de ICMS no importe de R\$8.133,74, apurados na forma do artigo 291 do RICMS.

Sustenta que, além disso, olvidou-se o auditor fiscal do Crédito referente ao Ativo Permanente, apurado na forma do artigo 229 do RICMS. Por tal razão, acresce-se aos créditos devidamente justificados, os valores de R\$3.308,69 apurados na forma do artigo 229 do RICMS.

Resume que, somados os créditos legais desconsiderados pela fiscalização (R\$3.652,47; R\$8.133,74; e R\$3.308,69) devidamente justificados estariam os créditos arrolados na infração 01, no valor de R\$15.094,90, não subsistindo qualquer valor a pagar a este título.

Em relação à segunda infração, afirma que novamente incorre em erro a fiscalização. Primeiro porque parte das aquisições para o ativo se tratam de aquisições via empréstimo/comodato pelo contribuinte. Simples observação da nota fiscal de entrada demonstrará que o CFOP informado pelo remetente é "6949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado". Sendo a recomendação quando há envio, pelo prestador, de algum bem em empréstimo ou comodato. Assim, inclusive, já determinou este Estado da Bahia, no PARECER Nº 08184/2009, de 20/05/2009:

PARECER Nº 08184/2009 DATA: 20/05/2009.

ICMS. Saídas interestaduais de bens de uso destinados à locação. Operação fora do campo de incidência do imposto estadual. Procedimentos relativos à emissão de documentos fiscais.

A consultante, empresa acima qualificada, atuando neste Estado na fabricação de equipamentos de informática, inscrita no cadastro estadual na condição de contribuinte normal, dirige consulta a esta Administração Tributária, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, solicitando orientação no tocante aos procedimentos atinentes a emissão de documentos fiscais na saída de mercadoria destinada à locação.

Nesse sentido, indaga que procedimentos deve adotar na locação de uma máquina copiadora para uma instituição bancária situada no Município de São Paulo que será entregue diretamente em um posto bancário da empresa situado no Município paulista de Araraquara e que não possui CNPJ.

RESPOSTA:

Em princípio, cumpre-nos registrar que a remessa dos equipamentos a título de locação, para clientes situados nesta ou em outra unidade da Federação se encontram fora do campo de incidência do ICMS, não se caracterizando como operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços tributadas pelo imposto estadual.

Cumpre-nos registrar que o contrato firmado entre o locador e o locatário é um documento indispensável (e que, no caso apresentado, deve indicar detalhadamente o estabelecimento para onde o equipamento será levando), para fins de caracterização das operações de saída de bens efetuadas com essa finalidade específica, sendo de relevância inquestionável para efeito de comprovação da legitimidade das operações de saída, tanto para a fiscalização de trânsito, como na hipótese de uma eventual fiscalização no estabelecimento locador. Assim sendo, apesar de não haver previsão na legislação estadual de obrigatoriedade de se anexar o contrato de locação do bem à Nota Fiscal de Saída em tais situações, sugerimos que esse procedimento seja adotado pela

Consulente como forma de comprovar que a remessa está sendo efetuada a título de locação e não de alienação, oferecendo, assim, maior segurança à operação de remessa dos equipamentos locados.

Diante do exposto, entendemos que, para acobertar a saída dos equipamentos na locação que pretende realizar, a Consulente deverá emitir uma Nota Fiscal de Simples Remessa, em nome do locatário, sem destaque do imposto, com a observação de que tal operação encontra-se amparada pela não-incidência do ICMS, nos termos previstos no art. 6º, inciso XIV, alínea "a", do RICMS-BA/97 (Dec. nº 6.284/97), fazendo referência, no corpo do referido documento fiscal, ao contrato de locação firmado entre as partes (cuja cópia deverá ser anexada), bem como do estabelecimento aonde será entregue o equipamento. O CFOP aplicável a tais remessas é 6.949 - "outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado".

É o parecer

*Parecerista: OZITA DE ANDRADE MASCARENHAS COSTA
GECOT/Gerente: 20/05/2009 – SANDRA URANIA SILVA ANDRADE
DITRI/Diretor: 20/05/2009 - JORGE LUIZ SANTOS GONZAGA*

Logo, assegura que, tais entradas não estão sujeitas à tributação, devendo ser excluídas da base de cálculo da autuação.

Outros valores, em especial todos os relacionados a fatos geradores ocorridos nos meses de abril a dezembro estão devidamente lançados e pagos, como demonstram a planilha e documentos acostados aos autos.

Admite a existência de ICMS a recolher a este título no valor global de R\$19.894,77, sendo R\$13.681,42 em janeiro de 2013; R\$5.253,23 em fevereiro de 2013; e R\$960,12 em março de 2013. Logo, os demais valores lançados devem ser considerados insubsistentes, devendo ser afastados da tributação nesta infração.

Ao final, requer a nulidade do auto de infração ou a improcedência da infração 01 e procedência parcial da infração 02.

Na informação fiscal um dos autuantes, fls. 294 e 295, acolhe integralmente os argumentos defensivos relativos os números consignados nos demonstrativos, acatando o valor indicado na impugnação como o devido. Apresenta novo demonstrativo de débito para infração 01, o qual zerou todo o valor autuado. Em relação à infração 02, concorda com o valor apresentado na defesa de R\$19.894,77.

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não acolho as preliminares de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a fiscalização expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à

ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas.

Em relação a alegação de falta de Termo de Início de Fiscalização, a mesma não se sustenta frente a prova acostada à folha 05 dos autos.

Especificamente, quanto a alegação de descrição sucinta das infrações, a mesma não pode ser acolhida, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado mediante sistema informatizado da SEFAZ/BA, sendo as descrições previamente definidas pela Administração Tributária Estadual, para os fatos apurados.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhida a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, em relação às infrações 01 e 02, observo que a defesa apontou diversos equívocos cometidos pela fiscalização, todos já devidamente narrados no relatório do presente acórdão, requerendo a improcedência total da infração 01 e procedência parcial da infração 02, no valor de R\$19.894,77.

Por sua vez, os autuantes acataram todos os argumentos defensivos, tendo revisado os demonstrativos de débitos das infrações, ficando a infração 01 sem nenhum valor devido e a infração 02 reduzida para o valor histórico de R\$19.894,77, igualmente apontado pela defesa, fato que, em meu entendimento, dispensa a ciência do contribuinte.

Acato integralmente o resultado da revisão fiscal, acolhendo todos argumentos e documentos apresentados pela defesa, ficando a infração 01 improcedente e a infração 02 procedente em parte no valor de R\$19.894,77, conforme abaixo:

DATA OCORR	VALOR HISTÓRICO DEVIDO
31/01/2013	13.681,42
28/02/2013	5.253,23
31/03/2013	960,12
TOTAL	19.894,77

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **293259.0702/14-5**, lavrado contra **COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA. (SUPERMERCADO CAMBUI)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.894,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR